

DA “JUSTEZA DOS NOMES” À “JUSTEZA DA RESPOSTA” CONSTITUCIONAL

FROM THE “FAIRNESS OF THE NAMES”
TO THE CONSTITUTIONAL “FAIRNESS OF RESPONSE”

LENIO LUIZ STRECK*

RESUMO

A hermenêutica aqui desenvolvida demonstra que é possível distinguir boas e más decisões e que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e o direito a um tratamento igualitário, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que proferem. Ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, se coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se se quiser, pode-se chamar a isso de “segurança jurídica”) – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade. Há uma vantagem na discussão da relação “direito-moral” desde o imenso e intenso catálogo principiológico abarcado pela Constituição do Brasil, questão bem caracterizada naquilo que vem sendo denominado

1 Doutor em Direito do Estado (UFSC); Pós-Doutor em Direito Constitucional e Hermenêutica (Universidade de Lisboa); Professor dos cursos de Pós-Graduação da UNISINOS, São Leopoldo – RS, Brasil e da UNESA.

de institucionalização da moral no direito, circunstância, aliás, que reforça a autonomia do direito e trata de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente.

Palavras-chave: Hermenêutica. Princípios. Direito e moral. Justiça.

ABSTRACT

The hermeneutics developed here shows that is possible to distinguish good and bad decisions and that, no matter the point of view about justice and the right to equal treatment, judges must also accept a superior and independent restriction, that follows from integrity, on the decisions made. By combining legal principles with political objectives, is made available to lawyers/interpreters a lot of possibilities to build/prepare consistent answers with the positive right – which gives a shielding against discretionary (if wanted, it can be called “legal security”) – and with great contemporary concern of the right: the pretense of legitimacy. There is an advantage on the discussion of the relation “justice-moral” from the large and intense principiological catalog covered by the Brazilian Constitution, question well characterized by what has been called institutionalisation of the moral in the justice, circumstance, by the way, that reinforces the justice autonomy and deals with the overcoming of conventional and pragmatists thesis by the obligation of the judges to respect the justice integrity and apply it consistently.

Key-words: Hermeneutics, Principles, Rights and moral. Justice.

1. DA JUSTEZA DOS NOMES DO CRÁTILLO DE PLATÃO À LINGUAGEM COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE: POR QUE O DIREITO ESTARIA IMUNE ÀS TRANSFORMAÇÕES DA FILOSOFIA?

Há uma angústia que assombra o homem desde a aurora da civilização. Afinal, como atravessar esse “abismo gnosiológico” que separa o homem das coisas? Como se dão nome às coisas? Por que algo é? Desde o início, houve um compromisso da filosofia com a verdade; a filosofia sempre procurou esse olhar que desvendasse o que as coisas são. Talvez a obra que melhor simbolize essa procura angustiante seja *Crátilo*, escrito por Platão no ano de 388 A. C. Efetivamente, tra-

ta-se do primeiro grande livro de filosofia da linguagem. Nele, além de Sócrates, há mais dois personagens: Hermógenes, que representa os sofistas, e Crátilo, que representa Heráclito (pré-socrático que, justamente com Parmênides, inaugura a discussão acerca do “ser” e do “pensar”, e do *logos* superando o *mythos*). Crátilo é um tratado acerca da linguagem e, fundamentalmente, uma discussão crítica sobre a linguagem. São contrapostas duas teses/posições sobre a semântica: o naturalismo, pela qual cada coisa tem nome por natureza (o *logos* está na *physis*), tese defendida no diálogo por Crátilo,¹ e o convencionalismo, posição sofística defendida por Hermógenes, pela qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras com as coisas.

O Crátilo representa o enfrentamento de Platão à sofística. Os sofistas – que podem ser considerados os primeiros positivistas – defendiam o convencionalismo, isto é, de que entre palavras e coisas não há nenhuma ligação/relação. Claro que, com isso, a verdade deixava de ser prioritária. O discurso passava a depender de argumentos persuasivos. A palavra (ou os signos) não tinham as características, por exemplo, a elas atribuídas, já no século XX, por Saussure, pelas quais, embora admitida a convencionalidade (arbitrariedade), já no momento seguinte essa relação torna-se (i)mutável (isto é, embora a imutabilidade fosse um atributo necessário ao funcionamento da linguagem, esta também teria que sofrer mutações), além da linearidade. Os sofistas provocaram, assim, no contexto da Grécia antiga, um *rompimento paradigmático*, levando “a cabo una revolución espiritual en sentido estricto, desplazando el eje de la reflexión filosófica desde la *physis* y el cosmos hasta el hombre y hasta lo que concierne la vida del hombre en tanto que miembro de una sociedad. Se comprende entonces que los temas dominantes de la sofística fuesen la ética, la política, la retórica, el arte, la lengua, la religión, la educación, es decir lo que hoy llamaríamos la cultura del hombre. Por lo tanto, cabe afirmar con exactitud que gracias a los sofistas se inicia el período humanista

1 Concorro com Garcia-Roza quando diz que Platão atribui ao personagem Crátilo um ponto de vista sobre a adequação das palavras às coisas *que não expressa adequada e suficientemente o pensamento de Heráclito*. Com efeito, se os pré-socráticos – mormente Heráclito – descobriram o ser, e Platão e Aristóteles o esconderam, a posição de Crátilo não pode corresponder, *stricto sensu*, à de Heráclito. Cf. GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990, p. 67. Frise-se, ainda, que, em Heráclito, a dualidade *physis* e *logos* é mantida numa unidade de tensão, sendo o *logos* aquilo que originariamente desnuda o ser e o sentido. Para tanto, ver: CORETH, Emerech. *Questões fundamentais de hermenêutica*. São Paulo: Editora da USP, 1973, p. 27, citando BOEDER, H. *Grund und Gegenwart als Frageziel der frühgriechischen Philosophie*. Den Haag: M. Nijhoff, 1962, principalmente p. 73 e segs, e LOHMANN, J. *Zur Begegnung von griechischen und frühgriechischen Logosdenken*. Lexis IV, Lahr i. B., 1954.

de la filosofía antigua”.² Por isso, *Platão é o primeiro a sair a campo para um enfrentamento* que, mais do que filosófico, tem um forte componente político.

Tomo Platão – e seu “Crátilo” (e seu contexto político) – para demonstrar essa busca pelo conhecimento. Afinal, ali, quatro séculos antes da era cristã, já se discutia a “justeza dos nomes”. Isto é, quais as condições de possibilidade para que os objetos tenham determinados nomes e não outros? Como funciona a relação do sujeito com o objeto? Qual é o papel da linguagem? Verdade ou método? Essas perguntas atravessam os séculos, experimentando diferentes respostas, representadas por diferentes “princípios epocais”, que igualmente fizeram a longa travessia de duas metafísicas, chegando, nesta quadra do tempo, ao universo de posturas e teorias filosóficas que representam as posições hoje consideradas como pós-metafísicas.

Cada época organizou sua concepção de fundamento.³ Na metafísica clássica, o *eidós* platônico, a *ousia* aristotélica e o *ens creatur* aquiniano; na metafísica moderna, o *cogito* decartiano, o *eu transcendental* kantiano, o *eu absoluto* hegeliano e o último princípio epocal dessa era, a *vontade do poder* de Nietzsche [e o direito “soube” recepcionar muito bem essa perspectiva nietzscheana: veja-se, nesse sentido, como até hoje a interpretação continua sendo “um ato de vontade (do poder)”, questão já bem presente na teoria kelseniana para justificar o “decisionismo”, assim como nas teorias pragmatistas, que trabalham com a hipótese do “grau zero de sentido”, transformando a interpretação do direito em uma espécie de “estado de exceção hermenêutico”]. Por fim, Heidegger fala da era da técnica como um novo princípio epocal, em que se abandona qualquer possibilidade conteudística; é o triunfo do *procedimento*. Nela, não há modo-de-ser no mundo. No campo do direito, todas essas questões permanece(ra)m difusas, em um misto de objetivismo e subjetivismo. Se a primeira “etapa” do *linguistic turn* foi recepcionada (principalmente) pelas concepções analíticas do direito, proporcionando con-

2 Cfe. REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História del pensamiento filosófico y científico. I - Antigüedad y Edad Media*. Barcelona: Editorial Herder, 1995, p. 75, que lembram, ainda, que, durante muito tempo, os historiadores da filosofia aceitaram de forma acrítica os juízos de Platão e Aristóteles acerca dos sofistas. Consequentemente, sua importância foi infravalorizada, sendo considerada como um componente da decadência do pensamento filosófico grego. *Somente em nosso século foi possível efetuar uma revisão mais sistematizada dos juízos sofísticos, com a conseqüente revalorização radical desse movimento, do ponto de vista histórico e filosófico*. Atualmente, todos compartilham das conclusões de W. Jaeger, no sentido de que os sofistas são um fenômeno tão necessário como Sócrates e Platão; mais ainda, estes, sem aqueles, resultam de todo impensáveis.

3 Trata-se do ser em vista da fundamentação do ente. Por isso, cada época possui o seu fundamento. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Tempo e Ser*. Tradução de Ernildo Stein. In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 2005, pp. 256-257

sideráveis avanços no campo da teoria do direito, o segundo “giro” (que adiciona o mundo prático à filosofia, que se pode denominar de giro linguístico-ontológico) ainda não conseguiu seduzir suficientemente os juristas para levá-los a superar as perspectivas meramente epistemo-procedurais do direito. Uma vez que passamos da epistemologia para a hermenêutica⁴ (fundada na ontologia fundamental), é razoável pensar (e esperar) que essa ruptura paradigmática deveria ter uma ampla recepção nessa complexa área do conhecimento que é o direito, mormente se partimos da concepção de que há uma indissociável ligação entre o positivismo jurídico – que tanto queremos combater – e o esquema sujeito-objeto.

Em Heidegger e Wittgenstein essas questões ficam extremamente bem delineadas, embora sob perspectivas diferenciadas. A utilização da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica dá-se na exata medida da ruptura paradigmática introduzida principalmente por Heidegger (e também por Wittgenstein) nos anos 20-30 do século XX, a partir da introdução do mundo prático na filosofia, circunstância que aproxima os dois filósofos.

Portanto, mormente a partir de Ser e Tempo, mais do que um *linguistic turn*, o que ocorreu foi um giro linguístico-ontológico. Essa alteração radical na estrutura do pensamento proporcionou a ruptura com os paradigmas metafísicos clássico e moderno. Veja-se que Heidegger, buscando superar Dilthey e Husserl, desloca a questão da hermenêutica em direção da ontologia (a faticidade, o modo-de-ser-no-mundo), deixando para trás o “plano epistemológico” (nível cognitivo e perceptivo em que se moviam Husserl e Dilthey). E com isso se supera a metodologia como “uma terceira coisa” com objetivo de dar certeza ao conhecimento. Essa autêntica “revolução copernicana” não foi apenas relevante para o direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade. A partir daí, já não se fala em *fundamentum inconcussum* – eis a presença dos princípios epocais – e, sim, no *compreender* e nas suas condições de possibilidade.

Nesse sentido, há uma pergunta que se torna condição de possibilidade: *por que o direito estaria “blindado” às influências dessa revolução paradigmática?*

4 Não é mais possível pensar – e a assertiva é de Rorty – que existe um conjunto especial de termos nos quais todas as contribuições à conversação deveriam ser colocadas. Para a epistemologia, ser racional é encontrar o conjunto apropriado de termos para os quais todas as contribuições deveriam ser traduzidas, se for necessário que a concordância se torne possível. A epistemologia encara os participantes como unidos no que Michael Oakeshott (*On the Character of a Modern European State*) chama uma *universitas* – um grupo unido por interesses mútuos para alcançar um fim comum. A hermenêutica os encara como unidos no que ele chama de *societas* – pessoas cujos caminhos através da vida se reuniram, unidas antes pela civilidade que por uma meta comum e muito menos por um terreno comum. Cf. RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 314.

Aliás, talvez por assim se pensar – e a dogmática jurídica e até mesmo algumas posturas que se pretendem críticas apostam na presença da filosofia no direito tão somente como “capa de sentido” – é que o direito continua até hoje refém, de um lado, do objetivismo e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência. Ou seria possível conceber o direito isolado das transformações ocorridas na filosofia (da linguagem)?⁵

É preciso compreender que o direito, na medida em que não está imune/blindado contra as transformações ocorridas no campo filosófico, é um fenômeno inserido em uma intersubjetividade racional (chamada por *Schnädelbach* de “razão hermenêutica”) e que deve ser sempre primeiramente produzida e garantida em processos de compreensão. Por isso, “compreender sentido” não é apenas uma consequência, *mas o fundamento da própria razão*. Visto assim, o problema hermenêutico não é apenas universal, mas, ao mesmo tempo, fundamental, isto é, sua solução já reside no âmbito da constituição de entendimento e razão e, desse modo, no campo avançado do problema do conhecimento, que Kant acreditava poder abordar com os meios dos conceitos do entendimento e da razão garantidos. Se, como tal, não existe razão sem compreensão de sentido, então, *o problema do sentido se situa sistematicamente antes do problema do conhecimento*, pois devem ser pressupostos já como resolvidos, em todas as produções de conhecimento, os problemas da compreensão hermenêutica.⁶ No campo do conhecimento do direito, a questão é saber, de efetivo, *de que modo um processo lógico-argumentativo pode “acontecer” sem a pré-compreensão*. É possível interpretar para depois compreender? Por que isolar o conhecimento jurídico do fenômeno da compreensão?

Ora – e o socorro vem novamente de *Schnädelbach* –, o peso filosófico do tema “compreender” reside no fato de que, sob as condições do historicismo emergente, em sua forma uniformizalizada e fundamentalizada, ele toca a auto-compreensão da própria razão e, com isso, obriga a ser levada em consideração

5 Penso, assim, que os críticos (refiro-me especialmente àqueles advindos da filosofia e da sociologia) que olham de soslaio o crescimento do uso da ontologia fundamental no direito deveriam observar melhor esse fenômeno e, quem sabe, implementar pesquisas na área do direito, assim como cada vez mais os juristas fazem pesquisas na área da filosofia (não para transformar a filosofia em um discurso otimizador do direito, *mas como condição de possibilidade*; por isso, a expressão que cunhei “filosofia no direito” e não “do direito”). Afinal, o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa. Em definitivo: o direito não é uma mera racionalidade instrumental. Isso implica reconhecer que fazer filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos.

6 Cf. SCHNÄDELBACH, Herbert. Compreender. Epílogo. In: STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência. O ambiente hermenêutico e as ciências humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008, pp. 127 e segs.

esta auto-compreensão em qualquer teoria da razão – não apenas na teoria da razão hermenêutica: a transcendentalização da razão histórico-hermenêutica significa, ao mesmo tempo, uma historicização da filosofia transcendental. Em síntese, *o que é nosso objeto não pode ser pensado independentemente do modo como nos aparece*. Este é o “teorema” fundante do compreender que se insere na revolução copernicana representada pela inserção do mundo prático na filosofia. Aplicado à problemática da compreensão, isso tudo quer significar que as condições históricas, sob as quais nosso modo de compreender possui/adquire um significado constitutivo para aquilo que nós cada vez compreendemos e para o fato de que não há razão para excluir quaisquer condições de compreensão – sejam as da *ratio*, da intuição e da inspiração – *criam uma situação teórica nova*, na medida em que qualquer penetração no sentido transcendental de nossas condições históricas de compreensão do sentido como tal atinge não apenas o elemento histórico e, com isso, qualquer situação de comunicação.⁷

À margem de tais transformações, a hermenêutica jurídica predominante no universo jurídico de *terrae brasilis* (doutrina e na jurisprudência) continua refém de um pensamento que aposta, de um modo ou de outro, numa espécie de “construção” do seu objeto de conhecimento ou de teorias dualistas que acreditem na possibilidade de o direito ser pensado independentemente do nosso modo próprio de ser no mundo, no qual o fenômeno (jurídico) nos aparece. Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático na hermenêutica proporcionada por *Wahrheit und Method*, de Hans-Georg Gadamer, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica não mais será uma “questão de método”, passando a ser filosofia. E isso faz a diferença.

Com efeito, a hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar).

A impossibilidade dessa cisão – tão bem denunciada por Gadamer – implica a impossibilidade de o intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui em-si-mesmo”, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão – que não passa de um dualismo metafísico – afasta qualquer possibilidade

7 Idem, *ibidem*.

de fazer “ponderações em etapas”, circunstância, aliás, que coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos.

Volta-se, como um eterno retorno, à questão apontada anteriormente a partir de Schnädelbach: o problema do sentido do direito se situa antes do problema do conhecimento (o jurista não “fabrica” o seu objeto do conhecimento); a compreensão, pela sua “presença antecipada”, é algo que não dominamos; o sentido não está à nossa disposição. Por isso é que não interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar. A interpretação, como bem diz Gadamer, é a explicitação do compreendido. Com isso, são colocados em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. Se a filosofia é hermenêutica (Heidegger) e a hermenêutica é filosófica (Gadamer), é porque estão superados os dualismos metafísicos que atravessaram dois milênios.

Dito de outro modo, a hermenêutica assim compreendida vem para romper com a relação sujeito-objeto, representando, assim, uma verdadeira revolução copernicana. Coloca em xeque, assim, os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. E isso tem consequências. Sérias.

2. A HERMENÊUTICA COMO UMA QUESTÃO DEFINITIVAMENTE PARADIGMÁTICA

Embora o ceticismo de parcela considerável da comunidade jurídica, é impossível negar as consequências da viragem lingüístico-ontológica para a interpretação do direito. Está-se a tratar de uma ruptura paradigmática que supera séculos de domínio do esquema sujeito-objeto. Passamos, pois, do fundamental para o compreender. Afinal, de terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, a linguagem passa a condição de condição de possibilidade. Para Gadamer, não faz sentido pensar em uma ligação pura entre o conhecimento e o objeto a ser conhecido, através de uma linguagem com papel meramente instrumental.

Palavras e conceitos não são instrumentos à disposição de um sujeito cognoscente. É nesse sentido que a hermenêutica filosófica, para além dos objetivismos e subjetivismos, abre um novo espaço para a compreensão do direito e tudo o que representa a revolução copernicana proporcionada pelo novo constitucionalismo. Em outras palavras, essa segunda revolução (a superação do papel instrumentalista da linguagem) é condição de possibilidade para o acontecer

(*Ereignen*) da primeira (o novo constitucionalismo no interior do qual o direito assume um elevado grau de autonomia e proporciona uma co-originariedade entre direito e moral).

É exatamente nesse contexto que exsurgem as possibilidades da superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. O direito assume um caráter marcadamente hermenêutico, em consequência de um efetivo crescimento no grau de deslocamento do pólo de tensão entre os poderes de Estado em direção à jurisdição (constitucional), diante da impossibilidade de o legislativo (a lei) poder antever todas as hipóteses de aplicação e do caráter compromissório da Constituição, com múltiplas possibilidades de acesso à justiça. Assim, na medida em que o direito é uma ciência prática, o centro da discussão inexoravelmente sofre um deslocamento em direção ao mundo prático, que, até o advento do Estado Democrático de Direito, estava obnubilado pelas conceitualizações metafísico-positivistas, sustentadas por uma metodologia com evidentes matizes metafísico-dualístico-representacionais. Definitivamente, a realidade, os conflitos sociais e a cotidianidade das práticas dos atores sociais não estavam no rol das preocupações do positivismo e de suas derivações.

Com efeito, em um universo que calca o conhecimento em um fundamento último e no qual a “epistemologia” é confundida com o próprio conhecimento (problemática presente nas diversas teorias do discurso e nas perspectivas analíticas em geral), não é difícil constatar que a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do direito no Brasil (*perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais*) continua sendo entendida como um (mero) saber “operacional” (talvez por isso os juristas se denominam uns aos outros de “operadores do direito”). Domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na idéia de que “o processo/procedimento interpretativo” possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance o “exato sentido da norma”, “o exclusivo conteúdo/sentido da lei”, “o verdadeiro significado do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica”, etc.

Sem pretender simplificar o problema, é possível dizer que o saber dogmático-jurídico ainda continua refém de uma metodologia que não ultrapassou nem sequer a filosofia da consciência, bastando, para tanto, verificar o papel de protagonista dado ao juiz pelas teorias instrumentais do processo. O conjunto de técnicas trazidas pela expressiva maioria da doutrina tende a objetificar o direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do direito em nossa sociedade, soçobrando, com isso, a força normativa da Constituição. Não se pode

desconsiderar que esse problema filosófico-paradigmático continua presente nos diversos ramos do direito, mormente na problemática relacionada à jurisdição e o papel destinado ao juiz. Desde Oskar von Bülow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, “porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo”, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na seqüência, a Escola do Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma representacional, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na seqüência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que “o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça”; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei; já no Brasil, afora a doutrina que atravessou o século XX (v.g., de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), tais questões estão presentes na concepção instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, *mesmo que não contidas no direito legislado*, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da “boa escolha dos juízes” (*sic*) e, conseqüentemente, de seu (“sadio”) protagonismo. Sob outra perspectiva, esse fenômeno se repete no direito civil, a partir da defesa, por parte da maioria da doutrina, do poder interpretativo dos juízes nas cláusulas gerais, que “devem ser preenchidas” com amplo “subjetivismo” e “ideologicamente”; no processo penal, não passa despercebida a continuidade da força do “princípio” da “verdade real” e do “livre convencimento”; já no direito constitucional, essa perspectiva é perceptível pela utilização descriteriosa dos princípios, transformados em “álbis persuasivos”; fortalecendo, uma vez mais, o protagonismo judicial.

Um exame da doutrina e da jurisprudência do direito aponta para a continuidade do domínio da idéia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a “vontade da norma”, o “espírito de legislador”, a “melhor resposta”, etc. No mais das vezes, continua-se a acreditar que o ato interpretativo é um ato cognitivo (daí a prevalência do sujeito solipsista) e que “interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém” (*sic*) – aqui ainda se está no paradigma anterior (realismo filosófico) –, circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento. Na verdade, é possível perceber certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira). Dito de outro modo: de um lado, há

o “mito do dado” (metafísica clássica), em que cada coisa tem uma essência e por isso tem um sentido. Pensa-se, assim, que o intérprete é capaz de extrair da coisa sua essência, transportando-a para a sua mente, formando o conceito daquela coisa; daí que, quando o intérprete pensa sobre essa coisa, esta passa a existir como um conceito de caráter universal. Isso ocorre mediante uma abstração: da essência para a universalidade. Desse modo, há um algo que é “dado à nossa mente”, como se pode perceber nas súmulas (e também na construção de conceitos prêt-à-pôrters que recheiam os manuais jurídicos). As súmulas “carregariam”, assim, a substância de determinados casos. Transportada (ess)a essência (substância) para a mente, forma-se o conceito, que é representado pelo enunciado sumular, que passa a ser “o dado”. Conseqüentemente, o intérprete fica assujeitado a esse dado, isto é, a esse conceito de caráter universal⁸ (pensemos nisso também na aplicação da repercussão geral pelo STF e da nova Lei dos Recursos – 11.672, pelo STJ). Mas, por mais paradoxal que possa parecer, somos também metafísicos modernos, porque, antes da formação do “mito do dado”, ocorre a primazia do sujeito solipsista. Sua consciência é que instaura o mundo (o conhecimento é uma representação acurada, somente tornada possível por processos mentais especiais e inteligível por intermédio de uma teoria geral da representação, como bem lembra Rorty). É desse sujeito (agora assujeitador) que se “constrói” o objeto do conhecimento (pensemos em Kelsen e as razões pelas quais, para ele, era necessário dualizar ser e dever ser e porque a teoria pura só poderia se consolidar como uma meta-linguagem sobre uma linguagem objeto). Nesse contexto, não é difícil perceber que “filosofia da consciência” (paradigma representacional) e “discrecionalidade judicial” (que leva à arbitrariedade) representam faces da mesma moeda.

8 Nesse sentido, vale trazer à lume crítica feita pelo grande jurista gaúcho Alfredo Augusto Becker, em carta dirigida ao Ministro do STF Luiz Gallotti, em 2 de dezembro de 1964, menos de um ano após a institucionalização das súmulas no Brasil: “Se, no nosso tempo, a imagem suplanta o texto – observa René Huyghe – é porque a vida sensorial tende a ocupar o lugar que a vida intelectual preenchia. E assim como o texto escrito veio substituir o método milenar da transmissão oral, fenômeno análogo ocorre atualmente na substituição gradual do texto pela imagem”. E, tantos anos atrás, Becker já antevia a estandardização em que se transformaria o direito: “Outro fenômeno contemporâneo é o da contração dos textos e a substituição do Verbo por um Sinal. Um exemplo: a Súmula do Supremo Tribunal Federal substituiu as longas exposições doutrinárias. Substituiu até mesmo a citação dos textos legais aplicáveis ao caso. Por sua vez, o próprio texto da Súmula é substituído por um Signo: a cifra aritmética (do enunciado, pois ela admite que ele seja “enunciado” pela simples indicação de seu respectivo número). A embriogenia da Súmula do nosso Supremo tribunal Federal é descrita e analisada por um Professor de Psicologia das Artes Plásticas do Colégio de França (René Huyghe, *Dialogue avec Le Visible*, Paris, 1955, p.6). A civilização da imagem suprimiu o amadurecimento da idéia no espaço de um raciocínio e estabeleceu a ligação direta sensação-ação”. In: Carta inédita de Alfredo Augusto Becker ao Ministro Luiz Gallotti, 2 de dezembro de 1964.

Talvez por tudo isso é que, mesmo hoje, em plena era do tão festejado giro-lingüístico-ontológico, de um modo ou de outro, o pensamento jurídico continua a reproduzir o velho debate “formalismo-realismo”. Mais ainda, e na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma *mixagem* entre posturas “formalistas” e “realistas”, isto é, por vezes, a “vontade da lei” e a “essência da lei” devem ser buscadas com todo o vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista “vontade do legislador”; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é “suficiente”, *põe-se no topo* a “vontade do intérprete”, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição.

O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbsüchtiger*. Para ser mais simples: de um lado há uma objetividade textual, que torna o intérprete refém de um mundo de essências (pensemos na força das súmulas e dos verbetes jurisprudenciais, por exemplo), e, de outro, uma subjetividade que assujeita o texto, pelo qual o texto jurídico é “apenas a ponta do *iceberg*” (prestemos, pois, muita atenção: quando um jurista afirma isso, está-se diante de um positivista).

Desse modo, a dogmática jurídica (tradicional), enquanto reprodutora de uma cultura standardizada, torna-se refém de um pensamento metafísico, esquecendo-se daquilo que a hermenêutica filosófica representa nesse processo de ruptura paradigmático. Esse esquecimento torna “possível” separar o direito da sociedade, enfim, de sua função social. Dito de outro modo, o formalismo tecnicista que foi sendo construído ao longo de décadas “esqueceu-se” do substrato social do direito e do Estado. E esqueceu-se, fundamentalmente, do grau de autonomia que o direito alcançou no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ou seja, transformado em uma mera instrumentalidade formal, o direito deixou de representar uma possibilidade de transformação da realidade, à revelia do que a própria Constituição estatui: a construção do Estado Democrático (e Social) de Direito. A toda evidência, esta circunstância produzirá reflexos funestos no processo de compreensão que o jurista terá acerca do papel da Constituição, que perde, assim, a sua substancialidade.

Mesmo algumas posturas consideradas críticas do direito, embora tentem romper com o formalismo normativista (para o qual a norma é uma mera entidade lingüística), acabam por transferir o lugar da produção do sentido do ob-

jetivismo para o subjetivismo; da coisa para a mente/consciência (subjetividade assujeitadora e fundante); da ontologia (metafísica clássica) para a filosofia da consciência (metafísica moderna). É possível, desse modo, perceber uma certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira).

Daí a minha insistência: *trata-se de um problema paradigmático*. Os juristas não conseguem alcançar o patamar da viragem lingüístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico). Sua preocupação é de ordem metológica e não ontológica (no sentido heideggeriano-gadameriano). A revolução copernicana provocada pela viragem lingüístico-hermenêutica tem o principal mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada à “fundamentação” do processo compreensivo-interpretativo do “procedimento” para o “modo de ser”.

Como decorrência – embora não seja esta a preocupação fulcral destas reflexões –, a ausência de uma adequada compreensão do novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade da Constituição. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista e com posturas privatísticas, que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os juristas (compreendidos *lato sensu*) não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora. Dizendo de outro modo: ocorreu uma verdadeira revolução copernicana na filosofia, no direito constitucional e na ciência política, que ainda não foi suficientemente recepcionada pelos juristas brasileiros.

Mas, nada do que foi dito pode dar azo a que se diga que a hermenêutica é relativista.⁹ Pensar assim seria fazer uma leitura às avessas de Gadamer e dos pressupostos que sustentam a hermenêutica filosófica. Portanto, nada do que foi

9 Para evitar malentendidos sobre o tema, como, por exemplo, que estamos jogados em mundo de subjetividades e de relativismos ou que o sujeito “morreu” (quando, na verdade, o que morreu foi a subjetividade assujeitadora, o sujeito consciente, solipsista), vale lembrar a advertência de Contardo Calligaris, depois de reconhecer o peso das motivações, intuições, afetos e que boa parte de nossos raciocínios são *wishful thinking* (meditações motivadas pelo desejo), aponta para duas “saídas”: é possível desistir da verdade, considerando que o mundo é um vasto teatro em que as subjetividades se enfrentam e que o que importa é apenas a versão de quem ganha a luta (retórica ou armada); ou então, talvez seja possível amparar a verdade, preservá-la de nossas próprias motivações. Podemos, por exemplo, desconfiar de nossas idéias, sobretudo quando nos sentimos particularmente satisfeitos com o entendimento da realidade que elas nos proporcionam. Pois a verdade (com o curso de ação que, eventualmente, ela “impõe”) é geralmente

dito até aqui pode significar que o intérprete venha a dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Ao contrário, é a partir da hermenêutica filosófica que falaremos da possibilidade de respostas corretas ou, se assim se quiser, de respostas hermenêuticamente adequadas a Constituição (portanto, sempre será possível dizer que uma coisa é certa e outra é errada; há pré-juízos falsos e pré-juízos verdadeiros).

Essa questão assume especial relevância exatamente se examinada no plano das rupturas paradigmáticas, isto é, não devemos esquecer o grau de autonomia alcançado pelo direito (leia-se, pelas Constituições) no Estado Democrático de Direito, a ponto de podermos considerar ultrapassada a dicotomia direito-moral. Dizendo de outro modo, esse grau de autonomização do direito traz consigo a co-originariedade com a moral, que, na verdade, institucionaliza-se no direito. Neste ponto assiste razão a Habermas. A produção democrática do direito dispensa o “uso” de uma moral corretiva, como pretendem, por exemplo, algumas teorias argumentativas, em especial a de Alexy e Günther.

Destarte, a discussão alcança o patamar da democracia. Não teria sentido que, nesta quadra da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que alcançamos esse (elevado) patamar de discussão democrática do direito, viéssemos a “depende” da discricionariedade dos juízes na discussão dos assim denominados “casos difíceis”. Dito de outro modo, seria substituir a democracia pela “vontade do poder” (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juízes. A produção democrática do direito – que é esse *plus* normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista.

É nesse sentido que, ao ser anti-relativista, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes. Mais do que isso, a hermenêutica será antipositivista, colocando-se como contraponto à admissão de múltiplas respostas advogada pelos diversos positivismos (pensemos, aqui, nas críticas de Dworkin a Hart). Nesse sentido, lembro que a noção de “positivismo” é entendida, neste texto e no restante de minhas obras, a partir de sua principal característica: a discricionariedade, que ocorre a partir da “delegação” em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não “abarcados” pela regra).¹⁰ A *holding* da discussão encontra-se

pouco gratificante e de acesso trabalhoso. In: Raciocínios “motivados”. Caderno E8- Ilustrada. São Paulo, Folha de São Paulo, 22.02.2007.

10 Todas as minhas críticas à discricionariedade estão fundadas no conceito “forte” cunhado por Dworkin em suas críticas ao positivismo, especialmente o de Hart (que, como já referi, são extensíveis, v.g., à Kelsen, Ross e a Alexy, os quais, de um modo ou de outro, também apostam no poder discricionário do juiz). Em face da vagueza e da ambigüidade das palavras da lei e da relevante circunstância de que

nas críticas dirigidas a Herbert Hart por Ronald Dworkin, para quem o juiz não possui discricionariedade para solver os *hard cases*.

Insisto e permito-me repetir: *antes de tudo, trata-se de uma questão de democracia*. Por isso, deveria ser despidiendo acentuar ou lembrar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E direito é um sistema de regras e princípios, “comandado” por uma Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vaguezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais “abertos” em termos de possibilidades de significado, *não constitui nenhuma novidade* (até os setores que primam pela standardização do direito e que praticam uma espécie de “neopentecostalismo jurídico”, já perceberam essa característica “lingüística” dos textos jurídicos). O que deve ser entendido é que a aplicação desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como

direito é poder, no mais das vezes, a discricionariedade descamba em arbitrariedade, soçobrando os limites ôntico-semânticos do texto minimamente “condensados” pela tradição. Mas não confundamos essa discussão – tão relevante para a teoria do direito – com a separação feita pelo direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários. Trata-se, sim, de discutir o grau de liberdade de escolha dado ao intérprete (juiz) face à legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. E esse grau de liberdade – chame-se-o como quiser – acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que a “opção” escolhida pelo juiz deixará de lado outras “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrentes de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade com os limites impostos pela autonomia do direito. Daí a necessária advertência: não é correto trazer o conceito de discricionariedade administrativa para o âmbito da interpretação do direito (discricionariedade judicial). Também não se trata da distinção entre a “discricionariedade na *civil law*” e na *common Law*. Para os limites desta discussão, não se compreende a discricionariedade interpretativa (ou discricionariedade judicial) a partir da simples oposição entre ato vinculado e ato discricionário, mas sim tendo como ponto específico de análise o fenômeno da interpretação, onde – e isso parece óbvio – seria impróprio falar de vinculação. Ora, toda interpretação é um ato produtivo; sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele já existentes. Tem sido muito comum aproximar – embora que de forma equivocada – aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina administrativa chama de *ato administrativo discricionário*. Nota-se, de plano, que há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo discricionariedade se refere a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a *criar* a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por este mesmo motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se de acordo com a estrutura de legalidade vigente (aliás, o contexto atual do direito administrativo aponta para uma circunstancia no interior da qual o próprio conceito de ato discricionário vem perdendo terreno, mormente em países que possuem em sua estrutura judicial, um Tribunal especificamente Administrativo). O que se está a tratar é daquilo que está convalidado pela tradição da teoria do direito, isto é, a experiência interpretativa “conhece” um conceito de discricionariedade, utilizado por Herbert Hart em seu *Concept of Law*. E é esse que é praticado e defendido pelo positivismo, confessadamente ou não, até os nossos dias, mesmo em tempos de pós-positivismo.

se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, como que a dar razão a Kelsen, para quem *a interpretação a ser feita pelos juízos é um ato de vontade* (sic).

O “drama” da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do direito conquistada principalmente no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam o direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente). Mas não é esse tipo de criação judicial que está em causa no debate Dworkin-Hart e, tampouco, nas críticas que faço ao positivismo à luz da hermenêutica filosófica.

3. ELEMENTOS CONCLUSIVOS: CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DA HERMENÊUTICA (CONSTITUCIONAL) NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A LIGAÇÃO UMBILICAL COM A RESPOSTA CORRETA.

A hermenêutica aqui trabalhada e desenvolvida nos meus Verdade e Consenso e Hermenêutica Jur[ídica E(m) Crise - forja-se no interior de duas rupturas paradigmáticas: a revolução do constitucionalismo, que institucionaliza um elevado grau de autonomia do direito, e a revolução copernicana provocada pelo *giro-lingüístico-ontológico*. De um lado, a existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismo liberal-iluminista. De outro, parece não restar(em) dúvida(s) de que, contemporaneamente, a partir dos avanços da teoria do direito, é possível dizer que não existem respostas *a priori* acerca do sentido de determinada lei que exsurjam de procedimentos ou métodos de interpretação. Nesse sentido, “*conceitos*” que tenham a pretensão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação, nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico, caracterizado pelo emprego sistemático da análise lógica da linguagem, a partir do descobrimento do significado dos vocábulos e dos enunciados, da distinção entre enunciados analíticos e enunciados empíricos e da diferenciação entre fato e valor, tornando-a refém daquilo que Dworkin chama de “*aguiilhão semântico*”.

A hermenêutica filosófica, com os aportes da teoria integrativa de Dworkin, representa, nesse contexto pós-metafísico e pós-positivista, uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer

pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica.

Se o desafio de uma metódica jurídica, no interior desse salto paradigmático, tem sido “como se interpreta” e “como se aplica” o texto jurídico, as próprias demandas paradigmáticas do direito no Estado Democrático de Direito apontam para uma terceira questão: a discussão acerca das condições que o intérprete/aplicador possui para encontrar uma resposta que esteja adequada ao *locus* de sentido fundante, isto é, a *Constituição*. Quem está encarregado de interpretar a Constituição a estará concretizando, devendo encontrar um *resultado constitucionalmente justo* (a expressão é de Gomes Canotilho). E esse resultado deve estar justificado, formulado em condições de aferição acerca de estar ou não constitucionalmente adequado.

Em outras palavras, efetivamente há um direito fundamental a que a Constituição seja cumprida. Trata-se de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição ou, se assim se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermenêuticamente correta em relação à Constituição). Essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, buscando no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da norma jurídica com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia. Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável àquela situação hermenêutica. Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão (*Vor-verständnis*), condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário, primeiro, compreender (*verstehen*) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo (*ver-stehen*) é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição.

A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), logo, a Constituição só acontece enquanto “concretização”, como demonstrado por Friedrich Müller a partir de Gadamer. Isso porque a interpretação do direito é um ato de “integração”, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermenêuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que

não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). Não esqueçamos que a constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, como bem lembra Gadamer. Aqui não há outra “objetividade” além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido, assim, afirmar que o intérprete não vai diretamente ao “texto”, a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, expressamente, coloca à prova a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, aquilo que significa, a sua origem e a sua validade.

Nesse sentido, os conceitos jurídicos (enunciados lingüísticos que pretendem descrever o mundo, epistemologicamente) não são o lugar dessa resposta (constitucionalmente adequada), mas essa resposta será o lugar dessa “explicitação”, que, hermeneuticamente, não se contenta com uma fundamentação assertórica/semântica, porque nela – nessa resposta – há um elemento *a priori*, sustentado na pré-compreensão e no mundo prático. Em outras palavras, a resposta constitucionalmente adequada, enquanto direito fundamental do cidadão, é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolver a idéia do que significa fundamentar e do que significa justificar (e, assim, cumprir fielmente o mandamento constitucional constante no art. 93, IX, da CF).

De frisar, por relevante, que o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Isso porque a pretensão de se buscar respostas definitivas é, ela mesma, anti-hermenêutica, em face do *congelamento de sentidos* que isso propiciaria. Ou seja, a pretensão a esse tipo de resposta sequer teria condições de garanti-la. *Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão da pré-compreensão que temos acerca do direito, enfim, dos fenômenos sociais, por si só já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição.* Veja-se, nesse sentido, que Habermas, em seu *Era das transições*,¹¹ embora a partir de uma perspectiva não propriamente próxima à hermenêutica, mas, evidentemente anti-relativista – e esse ponto interessa sobretudo à hermenêutica constitucional aqui trabalhada –, afirma que a busca da resposta correta ou de um resultado correto somente pode advir de um processo de autocorreções reiteradas, que constituem um aprendizado prático e social ao longo da história institucional do direito.

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude

11 Cf. Habermas, Jürgen. *A Era das Transições*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. O direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, respeito ao contraditório¹² e à produção democrática legislativa), é um “produto” filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas (clássica e moderna).

Portanto, argumentos para a obtenção de uma resposta adequada a Constituição (resposta correta) devem ser de princípio e não de política.¹³ Dito de outro modo, não se pode “criar um grau zero de sentido” a partir de argumentos de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais. O recente julgamento da ADPF n. 144, que tratava da condições para que um candidato possa ser elegível, é um interessante exemplo de resposta correta (adequada a Constituição). Com efeito, a pretensão da ADPF proposta pela AMB (Associação dos Magistrados do Brasil) era de que

-
- 12 Veja-se: o protagonismo (solipsismo) judicial-processual – que, como já se viu, provém das teses iniciadas por Büllow, Menger e Klein ainda no século XIX – deve soçobrar diante de uma adequada garantia ao contraditório. Decisões de caráter “cognitivista”, de ofício ou que, serodidamente, ainda buscam a “verdade real” pretendem-se “imunes” ao controle intersubjetivo e, por tais razões, são incompatíveis com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Veja-se, nesse sentido, que a Corte de Cassação da Itália (n. 14.637/02) recentemente anulou decisão fundada sobre uma questão conhecida de ofício e não submetida pelo juiz ao contraditório das partes, chegando a garantir que o recurso deve vir já acompanhado da indicação da atividade processual que a parte poderia ter realizado se tivesse sido provocada a discutir. Em linha similar – e em certo sentido indo além –, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (Rec. 10.361/01) assegurou o direito de a parte controlar as provas do adversário, implementando a garantia da participação efetiva das partes na composição do processo, incorporando, no *decisum*, doutrina (Lebre de Freitas, *op. cit.*, p. 96), no sentido de que o contraditório deixou de ser a defesa, no viés negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo do direito de influir ativamente no desenvolvimento do processo. O Supremo Tribunal Federal do Brasil (MS 24.268/04, Rel. Min. Gilmar Mendes) – embora, historicamente, venha impedindo a análise de recursos extraordinários que invoquem o aludido princípio – dá sinais sazonais da incorporação dessa democratização do processo, fazendo-o com base na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, é dizer, a pretensão à tutela jurídica corresponde à garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF, contendo os seguintes direitos: (a) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (b) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas. O mesmo acórdão da Suprema Corte brasileira incorpora a doutrina de Dürig/Assmann, sustentando que o dever de conferir atenção ao direito das partes não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), mas também a de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*).
- 13 Remeto o leitor para o meu Verdade e Consenso, *op.cit.*

fossem levados em conta os antecedentes para a aferição dos critérios de (in)elegibilidade dos candidatos às próximas eleições municipais. Isto é, candidatos com condenações, mesmo que não transitadas em julgado ou com processos por improbidade em curso, por terem “ficha suja”, não poderiam receber o sinal verde da justiça eleitoral. Por maioria de votos, o STF decidiu que o princípio da presunção da inocência não dava azo a outra interpretação, que não a de que o critério final era, efetivamente, o trânsito em julgado de sentença condenatória. Vê-se, assim, que, não obstante os argumentos de política (e de moral) utilizados pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com apoio na expressiva maioria da imprensa, o STF esgrimiou decisão contrária, exatamente com fundamento em argumentos de princípio (presunção da inocência). Vingasse a tese da AMB, cada juiz eleitoral ou TRE criaria seu próprio regramento acerca dos limites de cada “ficha” do candidato. Afinal, quantos processos criminais o candidato deveria estar respondendo para ser inelegível? Bastaria uma condenação em primeiro grau para barrar a candidatura? Que tipos de condutas criminosas (tipos penais) levariam ao impedimento? Na verdade, a tese da OAB faria com que a sociedade ficasse a reboque de argumentações de caráter teleológico do Poder Judiciário, que, assim, propiciariam uma multiplicidade de respostas, gerando a inexorável quebra, não só do princípio da presunção da inocência, como também do princípio da igualdade. Veja-se, também aqui, o problema da discricionariedade judicial. Por tais razões, argumentos de princípio, como bem diz Dworkin, mostram-se superiores aos argumentos fundados na moral individual ou coletiva ou de outros argumentos de política *lato sensu*.

Outro exemplo é o de duas decisões (respostas) do judiciário envolvendo o crime de “casa de prostituição” (art. 228, do Código Penal, cuja pena vai de 2 a 5 anos). O primeiro caso diz respeito a uma cidade em que determinada pessoa foi denunciada e condenada a pena de 4 anos de reclusão pela prática desse crime. A decisão foi sustentada em argumentos que podem ser considerados “de política” (no sentido de que fala Dworkin), como, por exemplo, de que a conduta dos acusados feriam a moralidade pública (além da tradicional equiparação entre vigência e validade da lei). Não distante dali, ocorreu absolvição em um caso similar, sob o argumento – igualmente de política – de que se tratava de conduta adequada socialmente. Acaso remetidos à instância superior, os dois processos demandam que tipo de resposta? Se houver confirmação das decisões, ocorrerá clara disparidade de respostas. Se o Tribunal decidir sem levar em conta “uma questão de princípio”, prevalecerá a argumentação *ad hoc* de cada juiz ou, mesmo que se altere uma das decisões, ainda assim não há garantias de que, no julgamento de um próximo caso tratando de idêntica situação, o Tribunal lançará mão

dos princípios da coerência e da integridade (isso sem considerar que, em cada cidade, as decisões proliferem em direções das mais variadas).

A resposta adequada à Constituição exsurge no momento em que – sob os aportes dworkianos – os juízes e tribunais, reconhecendo o pressuposto interpretativo da integridade procuram apresentar em um *conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade*.¹⁴ Note-se que, quando se fala de reconhecimento deste pressuposto interpretativo, esta-se a referir que não pode existir concretização do direito que não tenha passado pela estrutura legitimadora da igualdade. Ou seja, no fundo, *a defesa de respostas constitucionalmente corretas na esteira da integridade do direito, tem seu ponto de estofo no fato de que o direito não pode realizar tratamentos diferenciados às pessoas sem que esse tratamento esteja amplamente justificado e adequado aos princípios políticos que regem uma determinada comunidade política*.¹⁵ No caso em tela, já está claro que a concretização diferenciada do direito – à revelia do princípio da igualdade – quando apresentamos duas decisões que apontam para conclusões opostas sobre a melhor interpretação do direito para a condenação ou absolvição pela prática do crime de Casa de Prostituição. Resta demonstrar como que, diante da integridade do direito, é possível encontrar a resposta constitucionalmente adequada para a questão.

Uma decisão satisfaz à integridade quando, em sua fundamentação, estão incluídos argumentos de adequação e justificação. Em última análise, a justificação diz respeito ao reconhecimento da igualdade no momento decisional. Ou seja, na demonstração de que não houve um tratamento diferenciado por parte do Estado naquele caso especificamente julgado. Se tal tratamento for inafastável, isto é, o caso em análise necessita – para sua correta resolução – da aplicação de um tratamento diferenciado, a tarefa do julgador é justificar que aquele tratamento diferenciado *não ofende os postulados da igualdade*. No caso das decisões sobre o crime de casa de prostituição, está evidenciado que este argumento justificador

14 Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986, p. 305 e segs.

15 Esse é, sem dúvida, um dos principais motivos pelos quais Dworkin se refere à igualdade como *virtude soberana*. Cf. Dworkin, Ronald. *A Virtude Soberana. Teoria e Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. É muito significativo o fato de Dworkin referir-se à igualdade como uma *virtude* e não como um *valor* – a o pensamento jurídico no Brasil reiteradamente faz referência à igualdade e à dignidade da pessoa humana como valores, herança incontestável do neokantismo da escola de Baden. Ora, *virtude* é uma palavra que, na tradição, guarda íntima relação com uma prática, uma ação, ou seja, é virtuoso aquele que pratica ações corretas, que sabe guiar suas decisões seguindo coerentemente os princípios que regem sua vida; ao passo que a idéia de valor está muito mais ligada a uma contemplação, a uma produção cultural do ser humano. No fundo, a idéia de “valores” defendida pelas teorias da argumentação está fundada em um “realismo moral”, de cariz ontológico-clássico.

não está presente visto que elas sequer chegam a enfrentar o problema, resolvendo a questão através de um argumento de política – (in)tolerância da sociedade, moral social etc.. Para encontrarmos o ambiente justificador correto, precisamos analisar também os problemas de adequação. Dworkin define o argumento de adequação como a “exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável”¹⁶. Isto significa que esse limiar da adequação deve conseguir mostrar como que algo similar a um “histórico da comunidade” demonstra que a interpretação lançada na fundamentação é a correta sugerindo que, seguindo suas diretrizes, a comunidade estaria honrando seus princípios. No caso do crime de casa de prostituição o argumento de princípio emerge da própria Constituição quando, em seu artigo 19, I estabelece a laicidade do Estado, com a conseqüente impossibilidade deste se apresentar como defensor de alguma moral religiosa ou sacra. No mais, o contexto no qual está inserida nossa Constituição, permite dizer que o Constituinte Originário – representante maior daquilo que podemos chamar aqui de representante histórico da comunidade – consagrou o princípio da secularização do direito (algo que existe, aliás, desde as primeiras luzes da modernidade). Portanto, na teia da integridade do direito, e pela aplicação da *comum-unicidade*¹⁷ dos princípios de nossa comunidade política, o art. 228 apresenta-se como não recepcionado pela Constituição.

Em outras palavras, a resposta correta (adequada) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

Daí a aproximação da hermenêutica aqui delineada com algumas das teses de Dworkin, quando este diz que é possível *distinguir boas e más decisões* e que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e o direito a um tratamento igualitário, *os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior*, que decorre da integridade, nas decisões que proferem. Importa acres-

16 Dworkin, *Law's Empire*, op., cit..

17 Termo este apresentado por Rafael Tomaz de Oliveira para se referir ao papel dos princípios no contexto da obra de Dworkin. Como ressalta o autor: “a aplicação de um princípio não pode significar a exclusão de outro princípio, mas eles precisam ser pensados segundo os postulados da equidade e da integridade. Ou seja, um princípio nunca é isoladamente, mas sempre se manifesta no interior de uma *comum-unicidade*” (Cf. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 177-178 (Grifos do original)).

centar que *Dworkin*, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, coloca à disposição dos juristas/intérpretes um manancial de possibilidades para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (se se quiser, pode-se chamar a isso de “segurança jurídica”) – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade. E aqui, a toda evidência, parece desnecessária a advertência de que se não está a tratar de simples ou simplista transplantação de uma sofisticada tese do *common law* para o terreno do *civil law*. Há, inclusive, nítida vantagem em falar em princípios – e na aplicação destes – a partir da Constituição brasileira em relação ao direito norte-americano. Do mesmo modo, há uma vantagem na discussão da relação “direito-moral” desde o imenso e intenso catálogo principiológico abarcado pela Constituição do Brasil, questão bem caracterizada naquilo que vem sendo denominado de *institucionalização da moral no direito*, circunstância, aliás, que reforça a autonomia do direito, mormente se não for entendido a partir de uma postura jurisprudencialista (mesmo nesta, há uma grande preocupação para não permitir que a jurisdição substitua a legislação). Fundamentalmente – e nesse sentido não importa qual o sistema jurídico em discussão –, trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da *obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1989.
- BOEDER, H. *Grund und Gegenwart als Frageziel der frühgriechischen Philosophie*. Den Haag: M. Nijhoff, 1962.
- CORETH, Emerech. *Questões fundamentais de hermenêutica*. São Paulo: Editora da USP, 1973.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 1985.
- _____. *Law's Empire*. Cambridge, Mass: Harvard University, 1986.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 1978.
- _____. *A Virtude Soberana. Teoria e Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. I*. Tübingen: Mohr, 1990.
- _____. *Wahrheit und Methode. Ergänzungen Register. Hermeneutik II*. Tübingen: Mohr, 1990.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. *Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. Albany: State University of New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *A Era das Transições*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. *Tempo e Ser*. Tradução de Ernildo Stein. In: *Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

LOHMANN, J. *Zur Begegnung von griechischen und frühgriechischen Logosdenken*. Lexis IV, Lahr i. B., 1954.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e conceito de princípio*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História del pensamento filosófico y científico. I - Antigüedad y Edad Media*. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

SCHNÄDELBACH, Herbert. Compreender. Epílogo. In: STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência. O ambiente hermenêutico e as ciências humanas*. Ijuí: Unijuí, 2008.

STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. *Compreensão e Finitude*. Ijuí: UNIJUI, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Um exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.